

Teresa Ancona Lopez
(coordenadora)

Estudos e Pareceres sobre
**Livre-Arbítrio, Responsabilidade
e Produto de Risco Inerente**

O paradigma do tabaco
aspectos civis e processuais

RENOVAR

Rio • São Paulo • Recife • Curitiba
2009

abdr 
ASSOCIAÇÃO
BRASILEIRA
DOS DIREITOS
REPROGRÁFICOS
Respeite o direito autoral!

Os pressupostos da responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor e as ações de indenização por danos associados ao consumo de cigarros

Ruy Rosado de Aguiar Júnior

Sumário: I. O CDC é a lei aplicável. II. Os pressupostos da responsabilidade civil. III. Licitude da produção e da industrialização do fumo e da comercialização do cigarro. IV. Requisitos da responsabilidade do fornecedor, nos termos do art. 12 do CDC. V. No caso, não há defeito no produto. VI. Sem dano injusto não há responsabilidade civil. VII. Dever de informar. VIII. Quando a publicidade é enganosa ou abusiva. IX. Ineficácia relativa da publicidade e inocuidade de sua restrição e das advertências sobre o mal. X. Restrições à publicidade do cigarro. XI. Necessidade de prova da relação causal. XII. O que é vício. XIII. Legislação. XIV. Prescrição. XV. Comércio ilegal de cigarros. XVI. Precedentes. XVII. A boa-fé. XVIII. A prova estranha aos autos. XIX. Experiência pessoal.

CONSULTA

1. Consulta-me a companhia Souza Cruz S.A. sobre a procedência dos pedidos de indenização por danos decorrentes do consumo de cigarros. Em resposta, elaborarei parecer abordando as questões abaixo enumeradas.

PARECER

I. O CDC é a lei aplicável

2. A responsabilidade civil do fabricante de cigarro, na relação que se estabelece com o fumante, é regulada pelo Código de Defesa do Consumidor.

“A responsabilidade por fato de produto é de natureza consumerista. Há regulação específica deste vício na relação de consumo” (REsp. 304.724/RJ, acórdão da 3ª. Turma, de 24 de maio de 2005, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros).

II. Os pressupostos da responsabilidade civil

3. A responsabilidade civil do fornecedor, para o caso que nos interessa, somente se caracteriza com a presença dos pressupostos exigidos na lei: ação ilícita, dano injusto e relação de causalidade.

Vejamos como esses elementos se apresentam nas ações indenizatórias mencionadas na consulta.

III. Licitude da produção e da industrialização do fumo e da comercialização do cigarro

4. A *produção do fumo* é uma atividade lícita, que garante a subsistência de milhares de pequenos agricultores, fundamento da economia e do desenvolvimento de algumas regiões do Estado do Rio Grande do Sul. Basta lembrar os recentes e crescentes movimentos sociais contrários à proibição do plantio.

A *industrialização do fumo* é atividade regulada por lei, da qual o Estado auferir benefícios substanciais de natureza tributária.

De outra parte, a *comercialização* do cigarro se reveste da mesma importância social, econômica e fiscal.

IV. Requisitos da responsabilidade do fornecedor, nos termos do art. 12 do CDC

5. A ação seria ilícita se, na operação de fabricação ou na comercialização, o fabricante infringisse alguma das obrigações previstas no Código de Defesa do Consumidor.

Nos termos do art. 12 do CDC, a responsabilidade existe quando o produto é defeituoso, ou quando a informação é insuficiente ou inadequada.

“O produto defeituoso é aquele que não presta a segurança legitimamente esperada, ou com a qual se poderia contar” (João Calvão da Silva, Vícios e defeitos dos produtos, *in Responsabilidade Civil*, OAB/RJ, p. 570).

V. No caso, não há defeito no produto

6. Nos termos do CDC, “o produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I – sua apresentação; II – o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III – a época em que foi colocado em circulação” (art. 12, § 1º do CDC).

O cigarro é apresentado com a embalagem determinada na lei e nos regulamentos, nela registrada a advertência do Ministério da Saúde. Não há referência a uso que não seja o normal e adequado à finalidade do produto, e os riscos de seu uso adequado são do conhecimento de todas as pessoas medianamente informadas, há muitos anos.

O CDC não responsabiliza o fabricante por produzir mercadoria que ofereça risco à saúde do usuário ou de terceiro. Esse propósito seria inalcançável e mesmo impensável. Basta lembrar a necessidade do uso de um grande número de produtos comercializados que oferecem riscos individuais e coletivos, tais como os veículos de transporte de toda a natureza, causadores de acidentes os mais variados, os armamentos, as bebidas alcoólicas, os instrumentos de cozinha, os próprios remédios, etc.

Esses riscos, sendo normais e previsíveis, não originam só por si a responsabilidade do fornecedor. Normais, quando decorrentes da natureza do produto; previsíveis, quando a consequência é do conhecimento geral.

No caso do cigarro, o risco do produto de causar dano à saúde seria *normal*, uma vez que implica a inalação de substâncias tóxicas, e *previsível*, tanto que há expressa e pública advertência a respeito disso.

“O CDC não exige que o produto ofereça uma segurança absoluta, mas apenas a segurança que se possa legitimamente esperar” (Silvio Luiz Ferreira da Rocha, *Responsabilidade Civil do Fornecedor*, p. 93).

Destarte, o produto que tem periculosidade inerente não é só por isso um produto defeituoso.

Nos termos do § 1º do art. 12 do CDC, o produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera. Interessa, portanto, definir a expectativa de segurança que tem o fumante em relação ao ato de consumir o cigarro. Para isso, não importa a idéia do indivíduo, mas sim o padrão médio da expectativa aceita pela sociedade (Antonio Hermann Benjamin, *Comentários ao CDC*, p. 60).

Nos termos da lei, devem ser consideradas certas circunstâncias, entre elas a apresentação do produto, o uso e os riscos esperados, e a época da circulação (art. 12, § 1º). No caso, a apresentação do produto já contém a advertência dos riscos à saúde; o uso que dele é feito é um só e é adequado; os riscos são sabidos e razoavelmente dele se pode esperar ofensa à saúde. Assim, nos termos da lei, é de se concluir que o cigarro não é um produto defeituoso.

Também não é caso de encontrar nessa relação uma hipótese de responsabilidade por vício do produto, nos termos do art. 18.

Disse em poucas palavras o Prof. Adroaldo Furtado Fabrício, dando ao defeito o seu antigo significado, que a lei hoje denomina de vício: “Defeituoso é aquilo que foge ao padrão estabeleci-

do, apresentando determinada anomalia. (...) Defeituoso seria, sim, um cigarro que não queimasse, ou que não tivesse sabor algum, ou, por ausência de qualquer dos componentes ordinariamente contidos nele, fosse incapaz de proporcionar ao fumante a sensação de prazer por ele esperada e à qual está habituado” (Parecer, fls. 7/8).

VI. Sem dano injusto não há responsabilidade civil

7. A simples ocorrência de um dano, isto é, a diminuição do patrimônio jurídico (material ou imaterial) pela ação de outrem, não é motivo de responsabilização do seu autor (ou de terceiro que por ele responda). A responsabilidade somente surge quando o dano for injusto. Isto é, se o autor descumpriu algum dever jurídico imposto pela lei ou pelo contrato e deu causa a um dano que o ofendido não estava obrigado a sofrer.

O princípio da responsabilidade objetiva dispensa o exame do elemento culpa do agente, mas não elimina a condição de ser a ação causadora do dano uma conduta contrária ao direito.

Se a ação do agente é lícita (a que a lei não imponha excepcionalmente o dever de indenizar, como ocorre na desapropriação), e se a consequência decorre da livre aceitação por parte do lesado, não se pode reconhecer aí a presença de dano injusto. É o caso da compra e venda de um imóvel localizado em zona alagadiça: o proprietário poderia licitamente vendê-lo; se o adquirente nele constrói uma casa que vem a ser invadida pelas águas, o dano existe, mas não é injusto, pelo menos não em relação ao vendedor.

VII. Dever de informar

8. O dever de informação do fabricante é de duas ordens: (a) dever de, nas tratativas e no contrato de compra e venda da mercadoria, fornecer todas as informações relacionadas com o preço, objeto do contrato, uso, perigosidade (princípio da transparência); (b) dever de, na publicidade, não incluir dado falso ca-

paz de induzir a erro o consumidor, nem omitir dado essencial, que, se conhecido, afastaria o consumidor do produto (princípio da veracidade).

Tanto nas relações individualizadas, como na publicidade que atinge a massa dos consumidores em número indeterminado, o fornecedor não pode incluir dado falso capaz de induzir em erro o consumidor (enganosidade por comissão), nem omitir elemento essencial que, se conhecido, alteraria a decisão do consumidor (enganosidade por omissão).

Quando se trata de produto que apresenta algum risco, é preciso que o consumidor seja alertado do perigo. Para certos produtos, sendo notória a sua periculosidade, o conhecimento comum dispensaria informação específica, como no caso da arma, ou da bebida, ou do cigarro. Mas, para o cigarro, a cujo respeito desde sempre se conheceu do perigo que pode acarretar à saúde, há ainda uma regulamentação específica sobre a advertência apresentada ao eventual consumidor, patrocinada pelo Ministério da Saúde.

Na medida em que é cumprida a regulamentação, descabe imputar ao fornecedor defeito na informação:

“Os fabricantes de cigarros vêm cumprindo, de forma satisfatória, a exigência legal de informar a respeito da nocividade do produto e dos riscos inerentes ao respectivo consumo” (Zelmo Denari, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, p. 97).

Para o período anterior a 1988, quando inexistia a obrigação regulamentar de inserir no invólucro e em anúncios a advertência que hoje neles deve constar, não se pode imputar à companhia omissão culposa por descumprimento de determinação legal.

Em primeiro, porque tal fato (nocividade) era do conhecimento comum da época. Em segundo, porque não seria exigível da companhia comportamento diferente daquele adotado, que estava de acordo com os padrões de conduta então vigentes.

“A responsabilidade pressupõe um dever jurídico preexistente” (Sergio Cavalieri, *Programa de Responsabilidade Civil*, p. 20).

VIII. Quando a publicidade é enganosa ou abusiva

9. Nos termos do art. 37, é proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

A publicidade (propaganda), como acima ficou dito, pode ser *enganosa*: (i) por comissão, quando há a inserção de dado falso veiculado como verdadeiro, capaz de induzir em erro o consumidor; (ii) por omissão, pela falta de dado essencial, capaz de determinar a escolha do consumidor. A publicidade será *abusiva* quando, entre outras hipóteses que não nos interessam, induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde.

A publicidade de produtos derivados do fumo é permitida pela Constituição (art. 220, § 4º), e regulada por lei, que impõe ao agente inserir certas mensagens advertindo dos riscos (Lei 9.294, de 15.07.96).

Seria enganosa por comissão, isto é, por ação, a informação sobre cigarro que comunicasse ao consumidor dado falso a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem ou preço. Assim, seria enganosa a publicidade que promettesse ao fumante cura ou efeitos benéficos à saúde, negasse a nocividade do produto ou indicasse menor quantidade de elementos tóxicos realmente existentes.

Já não é assim para a definição da propaganda enganosa por omissão. Na publicidade feita massivamente, o fabricante pode deixar de informar dados relacionados com natureza, qualidade, quantidade, etc. Não se exige do fabricante que inclua no seu reclame informação sobre todos os elementos relacionados com a natureza, qualidade, quantidade, origem, etc. A omissão somente tem relevância quando deixa de informar dado essencial, isto é, que esconda a existência de um dado que por si seria suficiente para determinar a vontade do consumidor: se informado desse dado, o consumidor não teria adquirido o produto.

Na relação individualizada e contratualmente estabelecida entre o fornecedor e o consumidor, aquele deve fornecer ao adquirente as informações referentes ao preço, quantidade, qualidade, origem, riscos, condições de pagamento, manutenção ou conservação. É a obediência ao princípio da transparência.

Já a relação entre o fabricante e pessoas indeterminadas, atingidas pela publicidade do seu produto, é regulada pelo princípio da veracidade, que proíbe ao fornecedor prestar informações falsas que possam enganar o consumidor (Fabio Ulhoa Coelho, Parecer, fl. 15).

Na publicidade do cigarro, o que desde 1988 não pode ser omitido, sob pena de ilicitude, são os dizeres de advertência indicados na lei, sobre os males do fumo, e os teores de nicotina e de alcatrão. A companhia fumageira que atende a essa exigência, embora deixando de divulgar outros dados não essenciais, não faz publicidade enganosa por omissão.

De qualquer forma, mesmo o informe sobre a nocividade do fumo não pode ser considerado dado essencial porquanto não tem ele sido eficaz a ponto de determinar a conduta do consumidor. Pela experiência comum se sabe – e não há pesquisa em sentido diverso – que as pessoas não deixam de fumar ao tomarem conhecimento da advertência patrocinada pelo Ministério da Saúde.

A fantasia que se faz presente na publicidade de muitos produtos não a caracteriza como enganosa se a todos for perceptível que não passa disso, de uma fantasia. “Para que se caracterize o ilícito da enganabilidade, é necessário que a informação falsa seja transmitida como se fosse verdadeira” (Fabio Ulhoa Coelho, Parecer, fl. 9). Assim, todos sabem que um tapete não voa, uma mulher não adquire a beleza da *top-model* por comprar o vestido que ela veste, nem o jovem se ilude que terá uma vida plena de aventuras e de sucessos apenas por adquirir uma certa marca de bebida ou de cigarros. Nesses casos, não há possibilidade de enganos, nem a informação é divulgada como se fosse um fato real.

Nos termos do art. 37, § 1º, do CDC, somente é enganosa a publicidade capaz de induzir em erro o consumidor. A desprovi-

da dessa força determinante do ato de adquirir o cigarro não é publicidade enganosa.

Por fim, não é abusiva (art. 37, § 2º) a publicidade que contém expressa referência ao prejuízo que decorre do ato de fumar. É que a abusividade, para os casos em estudo, implica induzir o consumidor a se comportar de maneira prejudicial à sua saúde; o reclame que já contém a advertência do perigo não pode ser de modo algum indutor da conduta perniciosa.

IX. Ineficácia relativa da publicidade e inocuidade de sua restrição e das advertências sobre o mal

10. De acordo com levantamentos relacionados pela companhia, a experiência em diversos países vem demonstrando que a existência de restrição à propaganda ou a advertência ao consumidor sobre a nocividade do ato de fumar não tem produzido efeitos significativos. De um modo geral, “a restrição à publicidade do cigarro não reduz o consumo, tendo em vista que em alguns países onde houve essa restrição, o consumo aumentou”, conforme declaração do Presidente da Comissão Federal do Comércio dos EEUU.

Em pesquisa realizada pelo IBOPE, mais de 70% de fumantes informaram que foram levados a fumar porque amigos ou parentes fumavam, e apenas 11% por considerar bonito/charmoso.

A eficácia da publicidade para o *início* do hábito de fumar é apenas relativa. Trata-se de decisão pessoal assumida espontaneamente pelo usuário em razão de diversos fatores, muito mais produto da convivência, da influência dos pais e dos amigos, na idade em que o mimetismo é determinante do comportamento das pessoas, do que propriamente da propaganda.

De outra parte, é notório o fato e antigo o conhecimento de que o uso do cigarro oferece riscos à saúde, não sendo a publicidade capaz de eliminar esses dados do conhecimento da pessoa que decide fumar. Com isso, fica excluída a alegação de vício oculto.

Podemos concluir com o Prof. Alex Periscinotto: a propaganda não causa o consumo de cigarros.

X. Restrições à publicidade do cigarro

11. Diante do estatuído na Lei 10.167, de 27 de dezembro de 2000, que permitiu a propaganda de cigarros somente através de certos veículos, assim se manifestou o Prof. Luís Roberto Barroso:

“A Constituição assegura expressamente o direito subjetivo à publicidade, inclusive e sobretudo à propaganda comercial do tabaco (art. 220, § 4º), permitindo, todavia, restrições legais. A proibição absoluta viola, naturalmente, o sentido e o alcance da exceção constitucional à liberdade de expressão. O tratamento da matéria no capítulo dedicado à comunicação social (arts. 220 a 224) evidencia que o direito é assegurado nos meios de comunicação ali previstos: rádio, televisão e imprensa. Frustra ostensivamente a disciplina constitucional instituída confinar a publicidade do produto a meios rudimentares como *pôsters*, painéis e cartazes, na parte interna dos locais de venda” (Liberdade de expressão, direito à informação e banimento da publicidade de cigarro, *Revista de Direito Administrativo*, 224, abr.-junho 2001, p. 50).

A mesma questão está posta hoje na Europa, conforme nos informa o Prof. Jens Karsten, onde a tendência é a de ampliar as restrições à propaganda do tabaco (a eliminação total diminuiria, segundo ele, em 7% o consumo do produto), mas encontra óbice de natureza constitucional: “Os direitos fundamentais que possivelmente poderiam ser atingidos são a liberdade de expressão, os direitos de propriedade e o direito de desenvolver uma atividade econômica, respectivamente” (Controle do tabaco na União Européia, *Revista de Direito do Consumidor*, nº 40, p.18/19).

XI. Necessidade de prova da relação causal

12. A relação de causalidade entre o uso do cigarro e a doença sofrida pelo paciente deve ficar demonstrada nos autos.

Isso porque o simples hábito de fumar não é condição *necesária* para o surgimento de doenças (não se conhece de doença cuja causa seja exclusivamente o cigarro; as que têm sido apontadas em processos indenizatórios dessa natureza são doenças que surgem por diversas causas), e também não é uma condição *suficiente* (nem todos os que fumam sofrem de alguma doença que possa ser associada ao fumo).

A epidemiologia não basta para a prova do nexo causal. Os dados estatísticos auxiliam na compreensão do problema social e permitem a observação de um certo fator de risco, mas não servem para fazer a prova judicial relativamente a um caso concreto, sempre sujeito a particularidades e circunstâncias que o distinguem dos demais. A não ser que a doença somente tivesse sua origem no fumo ou que o fumo sempre causasse certas doenças. Mas não é assim, pois nem todos os fumantes adoecem, e os fumantes que adoecem nem sempre sofrem por causa do fumo. Logo, os dados epidemiológicos são insuficientes para esse fim.

O Prof. Leonardo Greco, autor de conceituado trabalho sobre a prova, observou em parecer que “a maioria dos epidemiólogos, assim como autores de filosofia das ciências e juristas se recusam a extrair dos estudos epidemiológicos conclusões científicas sobre casos concretos, embora muitas vezes esses estudos sejam utilizados no diagnóstico clínico para atacar oportuna e eficazmente sintomas de doenças que apresentam graves riscos à vida e à saúde humanas (...) aplicar os resultados baseados sobre a população a um determinado autor vai geralmente além dos limites da epidemiologia. (...) Os estudos epidemiológicos e as máximas da experiência comum nada provam a respeito do caso concreto (...) A Corte Suprema americana, nesse *leading case* (referia-se ao caso *Daubert vs. Merrell*) que alterou a sua jurisprudência anterior, reconhece a falibilidade da ciência e impõe aos juízes uma vigilância extrema para evitar decisões errôneas e injustas. Para isso, os juízes devem repelir por ausência de confirmação, como inidôneas a ensejar qualquer condenação, todas as provas científicas que sejam desmentidas por alguma outra igualmente científica” (Parecer, fl. 6/7; fls.11; fl. 19).

XII. O que é vício

13. O hábito de fumar não cria dependência, pois muitos deixam de fumar por decisão pessoal, independentemente de qualquer auxílio externo.

É certo que em aviso do Ministério da Saúde está dito que “a nicotina é droga e causa dependência”. Mas o conceito de vício que permite nele incluir o que decorre do consumo do cigarro é adotado em sentido amplo. É o mesmo que permite sua extensão ao consumo de café e de chocolate.

Isso porque, conforme ficou bem registrado em peça de defesa apresentada pela companhia, “o conceito de vício atualmente mais difundido difere radicalmente da sua definição clássica, que envolve (i) intoxicação, entendida como capacidade de julgamento afetada, (ii) tolerância, entendida como a necessidade de se aumentar a dose para se obter a mesma sensação, e (iii) síndrome de abstinência, entendida como impossibilidade de supressão da substância sem que ocorram fortes sintomas resultantes de sua privação”.

Ora, para o fumante não se ajustam essas características, uma vez que ele não perde o pleno domínio de sua capacidade de conhecimento, avaliação e decisão; não sente ele a necessidade de constante aumento de dosagem; a síndrome de abstinência, que existe, não impede que, voluntariamente e sem qualquer auxílio externo, possa deixar de fumar.

XIII. Legislação

14.

a) Portaria 490, de 25.08.88, do Ministério da Saúde, impôs a obrigação de fazer constar da embalagem e de anúncios a advertência sobre os riscos do uso do cigarro: “O *Ministério da Saúde* adverte: fumar é prejudicial à saúde”.

Antes disso, não havia a exigência e a falta da advertência não pode ser tida como desconsideração a disposição de lei ou regulamento. Também, não há insuficiência na informação porque, já naquele tempo, era notório o conhecimento sobre os riscos do uso do cigarro.

b) Art. 220 da Constituição da República:

“§ 3º. Compete à lei federal:

(...)

II – estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como de propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.”

“§ 4º. A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso”.

c) Art. 65 do ADCT:

“O Poder Legislativo regulamentará, no prazo de 12 meses, o art. 220, § 4º”.

Em função dessa ordem do constituinte é que veio a ser editada a lei federal a seguir indicada.

d) Lei 9.294/96, com a redação da MP 2.190/34, de 23 de agosto de 2001:

“Art. 3º (...)

§ 2º. A propaganda conterá, nos meios de comunicação e em função de suas características, advertência, sempre que possível falada e escrita, sobre os malefícios do fumo, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, segundo frases estabelecidas pelo Ministério da Saúde, usadas seqüencialmente, de forma simultânea ou rotativa”.

e) Lei 10.167, de 27 de dezembro de 2000, que dispõe sobre a publicidade do tabaco.

f) Portaria 695, de 1º de junho de 1999, trouxe a exigência de a indústria veicular cláusula informando: “A nicotina é droga e causa dependência!”.

XIV. Prescrição

15. A prescrição da pretensão indenizatória do dano decorrente do fumo é contada nos termos do art. 27 do CDC, que marca o prazo de cinco anos a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.

O Superior Tribunal de Justiça já definiu essa questão ao julgar, pela sua Terceira Turma, o REsp. 304.724/RJ, sendo relator o Min. Humberto Gomes de Barros:

“Consumidor. Reparação civil por fato do produto. Dano moral e estético. Tabagismo. Prescrição. Cinco anos. Princípio da especialidade (...) A ação de reparação por fato do produto prescreve em cinco anos (CDC, art. 27). O prazo prescricional da ação não está sujeito ao arbítrio das partes. A cada ação corresponde uma prescrição, fixada em lei. A prescrição definida no art. 27 do CDC é especial em relação àquela geral das ações pessoais do art. 177 do CC/16. Não houve revogação, simplesmente a norma especial afasta a incidência da regra geral (LICC, art. 2º, § 2º)”.

Quanto à definição da data a partir de quando deverá ser contado o prazo prescricional, a mesma lei informa que deve ser estabelecida a partir de quando o autor da ação indenizatória teve conhecimento do dano que alega ter sofrido, fundamento do seu pedido.

Isso ordinariamente é determinado pela informação médica a respeito da existência da doença referida pelo demandante. Para esse fim, “nada importa a renovação da lesão no tempo, pois, ainda que a lesão seja contínua, a fluência da prescrição já se iniciou com o conhecimento do dano e da autoria” (REsp. 304/724, citado).

A autoria do suposto dano fica conhecida com a própria escolha da marca de preferência do fumante. Se a parte não sabe indicar o fabricante, a autoria é incerta e o réu escolhido pode alegar a sua ilegitimidade passiva.

XV. Comércio ilegal de cigarros

16. A respeito do comércio ilegal de cigarros no país, vale lembrar as informações recolhidas pela CPI da Pirataria, instalada na Câmara dos Deputados por ato de 30 de maio de 2003. Foram recolhidas mais de 300 mil laudas de documentos, inquiridas dezenas de testemunhas, informantes, especialistas e peritos, realizadas diligências em diversos Estados, tudo relatado no livro editado pela Câmara dos Deputados.

Recolho do relatório do Deputado Josias Quintal:

“Dentre os vários dados trazidos à CPI, alguns são estarecedores. O mercado brasileiro comercializa anualmente cerca de 144 bilhões de cigarros (98 bilhões no mercado legal + 46 bilhões no mercado ilegal). O valor dos cigarros comercializados atinge a cifra de 8,5 bilhões de reais, sendo 6,6 bilhões de reais no mercado legal e 1,9 bilhão de reais no mercado ilegal.”

“O Brasil possui em torno de 18 fabricantes de cigarros, dos quais apenas 2 podem ser considerados legais. O Paraguai possui 33. Juntos, eles colocam no mercado brasileiro aproximadamente 420 marcas, das quais 366 são ilegais.”

“Com esses números é possível calcular que apenas os impostos indiretos, que deixam de ser recolhidos em razão da ilegalidade, atingem o total de 1,4 bilhão de reais por ano.”

“O mercado brasileiro ilegal de cigarros ocupa o 2º lugar em vendas da América Latina, ultrapassando países como México (45 bilhões de cigarros) e Argentina (35 bilhões)” (Relatório da CPI da Pirataria, Câmara dos Deputados, p. 55).”

Essa realidade suscita dúvida fundada sobre a autoria do dano, situação que leva à dúvida sobre a legitimidade passiva da companhia indicada como ré no processo. É questão de fato a ser esclarecida durante a instrução.

A ela se soma a circunstância de ser comum o fumante variar de marca com o decorrer dos tempos, e dificultar a identificação daquele fabricante que deve responder pela indenização, não sendo caso de solidariedade passiva.

XVI. Precedentes

17. No Brasil, informa a empresa consulente que mais de 200 decisões judiciais foram proferidas a seu favor, e menos de dez desfavoráveis, muitos destas ainda pendentes de recursos.

Nos EEUU, sempre apontados como sede de decisões favoráveis aos pedidos indenizatórios, os julgados dos tribunais, em última instância, são em sua grande e significativa maioria favoráveis à tese das empresas.

XVII. A boa-fé

18. A consulente está interessada em saber se o princípio da boa-fé vigorava no Brasil antes da edição do Código de Defesa do Consumidor (1990) e do Código Civil de 2002.

A resposta é afirmativa. Como norma legislada já constava do Código Comercial de 1850 (art. 131) e como princípio estava presente no sistema jurídico nacional, conforme a lição do venerando mestre Clovis do Couto e Silva (*Obrigações como Processo*, p. 30), com reflexo em diversos julgados. Também fiz — em outras sedes — aplicação desse princípio, para o tempo pretérito.

Mas, conforme observa Judith Martins Costa, o conceito de “boa-fé muda de feição e de significado consoante as concretas possibilidades de compreensão prevalecentes em cada momento” (Parecer, fls. 9/10).

Como, antes da década de 1980, quando surgiram as primeiras decisões aplicando o princípio da boa-fé, não havia disposi-

ção legal ou regulamentar impondo à companhia de cigarros o dever de informar, nem tanto integrava a consciência coletiva da época, conclui-se que inexistia dever legal ou derivado da boa-fé que atribuísse ao fabricante, àquele tempo, o dever de informar o adquirente do cigarro sobre os possíveis males do seu uso. Embora hoje isso se apresenta como algo normal e indispensável, assim não acontecia há 20 anos, tanto no Brasil como nos outros países ocidentais.

“Relativamente ao período em que o autor adquiriu o hábito de fumar (década de 1940), até a entrada em vigor do CDC, não se impunha, à Consulente, o dever de informar sobre os riscos derivados do tabagismo, seja em razão da inexistência de regra legal ou administrativa nesse sentido, seja da compreensão então conferida ao princípio da boa-fé e ao dever de informar. Como lógica consequência, se inexistia o dever não pode haver a sua violação, e sem a violação de dever jurídico, não há eficácia jurídica: a responsabilidade civil é eficácia da violação de dever preexistente” (Parecer citado, fl. 33). Apenas com o reparo de que a partir de 1988 havia regulamento impondo o dever de advertir, a lição é plenamente aceitável.

Acentuando essa contextualização histórica do princípio da boa-fé objetiva, o Prof. Eros Grau e a Dra. Paula Forgioni escreveram:

“A boa-fé objetiva não pode ser concebida de forma apartada da realidade objetiva existente em determinado momento histórico. Na dicção de Octávio Moreira Guimarães, “a boa fé se pauta pela consciência popular, pelo senso moral da sociedade, participando desse mudável e indefinível sentimento”(…) “Ora, o ordenamento jurídico sempre exigiu do fabricante que agisse de conformidade com a boa fé. Não obstante essa pressuposição há de ser necessariamente nutrida pelos standards comportamentais praticados em cada período durante o qual se dê a relação entre fornecedor e con-

sumidor" (Comércio de cigarros, in *O Estado, a Empresa e o Contrato*, p. 317-318).

XVIII. A prova estranha aos autos

19. O contencioso judicial é um embate entre duas teses, com sustentação de parte a parte, tudo sintetizado na sentença. Para chegar à decisão, cabe ao juiz fundamentar a sua convicção nas provas constantes dos autos:

"Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas, deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento."

É o princípio do contraditório que assegura a "*ciência bilateral dos atos e termos processuais, com a possibilidade de contrariá-los*" (José Frederico Marques, *Manual de Direito Processual Civil*, vol. I, p. 492).

"O contraditório constitui, sem dúvida, elemento essencial ao fenômeno processual, especialmente pela imprescindível participação dos interessados no iter de formação do provimento destinado a interferir em sua esfera jurídico (...) Por meio da atividade contraposta das partes, com mediação do juiz, (permite) a investigação do material fático e jurídico da causa (...) As considerações até agora expendidas mostram, de forma suficiente, a ausência de nítida e rígida repartição de funções entre as partes e o órgão judicial. Ao contrário, da análise do que realmente se passa transparece claramente o entrelaçamento de ambas as atividades, com mútua colaboração tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização jurídica da causa. Colaboração essa, acentue-se, possibilitada apenas pelo permanente diálogo entre os sujeitos processuais, com a comunicação das idéias subministradas por cada um deles... (...) Exatamente em face dessa realidade é que se

mostra inadequada a investigação solitária do órgão judicial; o monólogo consigo mesmo limita necessariamente a perspectiva do observador, enquanto o diálogo, em compensação, recomendado pelo método dialético, amplia o quadro de análise, constrange à comparação, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado.” (Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, O juiz e o princípio do contraditório, *Revista Forense*, 323/55).

A interação entre os figurantes do processo, essa necessidade de diálogo entre as partes e delas com o juiz foram bem acentuadas por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, ao discorrerem sobre a técnica da cognição, a verdade e o conceito de prova: “O diálogo (comunicação) passa a ter a preponderância no sistema. Há um retorno à velha idéia aristotélica da tópica e da retórica. A razão centra-se na comunicação e não mais na reflexão isolada de um só sujeito” (*Comentários ao CPC*, ed. RT, vol. V, I, p. 52).

Segundo o sistema da persuasão racional, “o juiz forma livremente a sua convicção pela livre apreciação das provas, mas a convicção, embora livre, deve ser fundamentada. O convencimento do juiz fica condicionado aos fatos sobre os quais se funda a controvérsia, às regras legais e às máximas da experiência. Convicção livre, mas motivada ou fundamentada, consoante a prova produzida no processo.” (Carreira Alvim, *Teoria Geral do Processo*, p. 274; no mesmo sentido: João Carlos Pestana de Aguiar, *Comentários ao CPC*, ed. RT, vol. IV, p. 45).

Contudo, tem sido freqüente fundamentar-se o julgamento, de processos com pedidos indenizatórios por doenças que seriam derivadas do fumo, em elementos de prova colhidos alhures, muitos deles da Internet. Esses dados informativos (obtidos em um sistema aberto de registro, que admite qualquer tipo de alimentação, passíveis de modificação e de adulteração) incluem-se no conceito de documentos, e por isso se submetem às normas legais sobre produção de prova documental.

No parecer do Prof. Adroaldo Furtado Fabrício foi advertido: “Não há duvidar de que, quando uma das partes, por qual-

quer das formas lembradas fizer aportar aos autos o documento procedente da Internet, obrigatoriamente observar-se-ão as normas e limitações regentes, na esfera do Direito Processual, desse meio de prova. Assim, caso se trate de documento essencial à propositura da demanda, há de apresentá-lo o autor com a inicial; nos casos em que a juntada ocorra no curso do procedimento, a parte contrária terá dele vista; depois de proferida a sentença de primeiro grau, somente circunstâncias excepcionais poderão tornar admissível a juntada(...). Quando é o próprio órgão julgador quem tomou a iniciativa de 'juntar' o documento (...), a juntada atípica é rigorosamente ilegal, antes de tudo porque infratora ao princípio do contraditório" (Parecer, fl. 17/18).

É certo que o juiz hoje não pode ser visto como a "figura de pedra", porquanto lhe é permitida participação ativa também na apuração dos fatos, mas sempre com o caráter subsidiário a que aludem diversos dispositivos processuais (arts. 130, 418, 437, 440 do CPC).

Também se permite ao juiz (i) a dispensa da produção de prova quando diante de 'fatos notórios' (art. 334, inciso I, do CPC), e (ii) suprir a falta de normas jurídicas com as regras da experiência comum ou da experiência técnica (art. 335).

No caso das ações indenizatórias a que estamos nos referindo, não se pode dispensar a prova pericial para comprovar a relação causal entre o ato de fumar e o dano, sob a alegação de que se trata de fato notório, pois não é disso que se trata. O fato notório é o conhecimento estatístico de que o fumo muitas vezes produz males à saúde, mas não é notório que ao autor da ação se aplica essa máxima.

A regra da experiência pode ser invocada para o caso de inexistir norma jurídica que auxilie o juiz na extração de uma conclusão a partir dos dados conhecidos. Contudo, não existe regra da experiência, comum ou técnica, que estabeleça a relação necessária e suficiente entre o fato conhecido do hábito de fumar e o dano. Por isso, não incide o disposto no art. 335, pelo menos não para fundamentar uma dispensa de perícia destinada à comprovação da relação causal.

XIX. Experiência pessoal

20. Assim como os juízes sofrem da tentação de traz conhecimentos pessoais e provas adredemente recolhidas para o exame de casos dessa natureza, também me curvo ao mesmo impulso para dizer que examinei o caso que me foi proposto a partir de duas experiências pessoais: perdi pai e mãe, fumantes inveterados, abatidos por enfisema pulmonar. Nunca me ocorreu transferir à companhia produtora dos cigarros a responsabilidade por esse dano irreparável. De minha parte, fumei mais de uma carteira de cigarros por dia durante vinte anos, e certo dia decidi deixar de fumar, e assim acontece por outro tanto de tempo.

Não critico o comportamento pessoal de quem escolhe a via judicial para obter indenização pela suposta consequência do hábito de fumar, mas não o adotei nem o recomendo. Também não aceito seja dito que o hábito de fumar é um vício compulsivo, porque somente fuma quem quer.

Na dicção do Prof. Arnaldo Rizzardo: “Em última instância, toda a problemática assenta-se nas seguintes verdades: as pessoas começam a fumar e fumam porque querem, estando cientes dos riscos associados ao consumo de cigarros; como se não bastasse, sabem que fumar implica diversos riscos para a saúde, e ainda assim fumam” (*Responsabilidade Civil*, p. 869).

Porto Alegre, 10 de outubro de 2005.